

3. PALESTRA

ORDEM ECONÔMICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO¹

EROS ROBERTO GRAU

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Trataremos do tema *ordem econômica*. A primeira questão que surge quando falamos do tema está relacionada à ambigüidade da expressão *ordem econômica*. Grande parte dos problemas jurídicos que enfrentamos está relacionada à ambigüidade e à imprecisão da linguagem. *Ordem econômica* é uma expressão que quer dizer, no mínimo, três coisas. Primeiramente, dela fazendo uso nos referimos ao conjunto de todas as normas que respeitam ao exercício da atividade econômica, sejam elas religiosas, éticas e mesmo normas jurídicas. Segundo, quando nos referimos a uma parcela da atividade jurídica que abrange as normas jurídicas relacionadas ao exercício da atividade econômica. Logo se pode ver que, nesses dois sentidos, *ordem econômica* é expressão do mundo do dever-ser, do dever-ser jurídico. Podemos, pois, falar em *ordem econômica* como uma parcela da ordem jurídica ou do dever-ser ético, moral, religioso. Então a tomamos em um sentido mais amplo, para nos referirmos ao conjunto de todas as normas que refletem efeitos sobre a atividade econômica, em nome do dever-ser. Entretanto, há um terceiro sentido, que é o de ordem econômica como expressão do mundo do ser.

A Constituição do Brasil diz que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e deve ter por fim a realização de uma vida digna. Aí ela se refere ao modo de ser empírico da atividade econômica no Brasil. Isso é extremamente importante, porque, depois, a expressão *ordem econômica* aparece no § 5º do art. 173, que diz assim: “[...] a Lei responsabilizará a pessoa jurídica [...] nos crimes contra a ordem econômica”. Aqui, usamos a expressão ‘ordem econômica’ em um outro sentido, como parcela da ordem jurídica. Mas, no art. 170, dizemos que quem quer que desenvolva a ordem econômica, qualquer agente econômico deve pautar seus atos nos valores do trabalho e da livre iniciativa. Vocês sabem que o Direito não descreve coisa alguma. Quando se lê “[...] a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa”, aí não se tem uma descrição. Isso é uma determinação. A *ordem econômica* é o modo de ser empírico da atividade econômica; quando ela se desenvolve, quem a desenvolve deve ter em mente a valorização do trabalho humano. O valor social da livre iniciativa está contemplado no art. 1º da Constituição e foi afirmado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal numa ADIN, da qual tratarei mais adiante.

Além disso, da *ordem econômica* cuida não apenas o título da Constituição Federal que

¹ Palestra proferida em 2 de julho de 2005, no Encontro Jurídico do Circuito Histórico, Cultural e Turístico de Minas Gerais, realizado em Tiradentes.

tem este nome. Quem quiser saber da ordem econômica no Brasil terá que tomar a Constituição Federal desde o seu art. 1º, passando também pelo art. 3º. O título Da Ordem Econômica é apenas uma parcela do Capítulo Ordem Econômica na nossa Constituição, que é uma Constituição diretiva, programática. As Constituições estatutárias são aquelas que, ao contrário das diretivas, meramente recebem a ordem econômica do mundo do ser. Isto é, recebem a atividade econômica tal como ela está sendo praticada, para reafirmá-la. A nossa é uma Constituição diretiva, quer transformar, impõe uma regulação ativa, definindo como deve ser o exercício da atividade econômica. Ela propõe a transformação do mundo do ser. Ela é base e ponto de partida, portanto, para a implementação de políticas públicas. A Constituição brasileira é muito mais do que um mero instrumento de governo que define competências, que limita atribuições. Ela postula um plano de ação global-normativo para a sociedade brasileira.

Quando o art. 3º diz quais são os objetivos da República Federativa do Brasil, diz quais são os objetivos do Brasil, quais sejam: construir uma sociedade justa, livre e solidária, erradicar a pobreza etc. Propõe-se a transformação da sociedade brasileira. A Constituição Federal não simplesmente admite a atuação estatal na economia; na verdade, ela a impõe. Aqui se coloca uma grande questão: então o Estado atua na ordem econômica (mundo do ser), produzindo normas que compõem a ordem econômica (mundo do dever-ser) infra-constitucional, para realizar esses objetivos.

Uma outra questão está em que é inútil procurarmos ocultar que a economia no modo de produção capitalista predomina sobre o social e que o mercado é uma instituição jurídica conformada pelo Direito. O mercado não é um *locus naturalis*, é um *locus artificialis*, que o Direito, posto pelo Estado, institucionaliza. Qual é o momento que uma simples vila se transforma em uma cidade na Idade Média? É o momento em que o chefe político com alguma visão instala as condições para que se estabeleça naquele ponto geográfico um mercado, mercado que não se baste apenas a prover a subsistência local. Então, ele instala um sistema de medidas, medições que são tradicionalmente favoráveis aos comerciantes das cidades. Mas ele também instala um serviço de segurança pública, permitindo que os mercadores possam transitar com maior segurança. Desde esse momento já se define o mercado como uma instituição artificial. Depois da Revolução Industrial, isso se realiza de modo pleno.

No livro *A Grande Transformação*, Karl Polanyi ensina que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias. Sem a forma jurídica, o mercado não poderia se instalar e não poderia sobreviver. Em outros termos, o Direito moderno, o Direito posto pelo Estado e que substitui o subjetivismo da equidade pela objetividade da lei tem por compromisso assegurar a segurança e a certeza jurídicas que permitam a calculabilidade dos comportamentos. O agente econômico precisa calcular a sua próxima manobra e, para tanto, precisa estar situado em um quadro de segurança e certeza indispensáveis à realização dessa manobra. É que ele sabe que os comportamentos são repetitivamente garantidos pelo Direito. Se pensarmos nisso tudo, chegaremos à conclusão de que o Direito

moderno existe para permitir a fluência da circulação mercantil e para tentar domesticar certos determinismos econômicos. Nesse clima surgiram os direitos individuais.

Não proponho o cinismo, peço apenas a lucidez. Esta é, em largos traços, a ordem jurídica da economia, a ordem econômica. Qual é o compromisso do Ministério Público com ela? Lembro que o art. 127 da Constituição Federal afirma que o Ministério Público é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado e é incumbido da defesa da ordem jurídica. Quando falamos de ordem econômica, tal qual falei agora, estamos falando numa parcela da ordem jurídica, cuja defesa incumbe ao Ministério Público. Poderia tratar da defesa do consumidor, mas quero explorar um outro ângulo, de certa forma ainda inexplorado; ou, pelo menos, ainda não tão explorado como aquele relacionado à proteção do consumidor. Quero me referir à concorrência, pois quero depois clamar pela atuação forte, vigorosa, varonil e incisiva do Ministério Público nesse campo.

Quero dizer, inicialmente, que o livre mercado e a livre concorrência não são, no Brasil, os únicos valores a serem perseguidos para que se dê cumprimento ao disposto na Constituição. Há gente, no mundo do Direito, que substitui a invocação a Deus, que está no preâmbulo da Constituição, pela invocação ao livre mercado. Invoca-se o livre mercado e constroem-se teses, esses sujeitos que vêm de Harvard e Yale. Eles constroem teorias em torno das quatro falhas do mercado. Primeiro, a assimetria de informações. É necessário que todos tenham informações para que o jogo do mercado possa fluir adequadamente. Vem então a Comissão de Valores Mobiliários – CVM com as suas regulamentações, para disciplinar as informações do mercado financeiro. Segundo, a existência do poder econômico, pois a força exagerada de alguns agentes econômicos desequilibra o mercado. Em terceiro lugar, temos as externalidades; quer dizer, um terceiro suporta as consequências de relações jurídicas nas quais não toma parte, tais como o desmatamento, o comprometimento do meio ambiente. Em quarto lugar, os bens públicos.

Mas não se trata aqui de bens públicos tomados como propriedade do Estado. Existe um acórdão monumental do Supremo Tribunal Federal, de 1923, em que Edmundo Lins afirma que o bem público não é necessariamente da propriedade do Estado. Ele menciona, como, por exemplo, um campinho de futebol onde meninos jogam bola. Aqui se fala nos bens cujo uso não pode ser subtraído a terceiro. Um exemplo clássico dado por Coase é o de um sujeito que construiu um farol e não tem como evitar que aqueles que fazem o comércio marítimo dele se utilizem. Apenas nessas hipóteses, essas pessoas que invocam o livre mercado admitem que o Estado poderia atuar. Essas pessoas se esquecem de que o Estado não pode se limitar a atuar exclusivamente quando o recomende a análise econômica, exclusivamente quando essas falhas se manifestem e resulte comprometida a eficiência alocativa do mercado. Essas mesmas pessoas exortam a *regulation*. A idéia que se faz é a seguinte: quanto maior o grau de concorrência no mercado, mais estaríamos próximos do paraíso; o paraíso seria o reino da liberdade econômica e do livre mercado. Mas não é nada disso. Como eu dizia inicialmente, temos uma Constituição dirigente, programática, não no sentido de que ela contempla normas programáticas, mas programática no sentido de que define programas para a sociedade brasileira. Aqui o princípio

do livre mercado co-existe com a afirmação da valorização do trabalho humano e da dignidade da existência humana, e com aqueles outros princípios que estão nos incisos do art. 170. Na ADI nº 319, o Ministro Moreira Alves diz que:

Embora a atual Constituição Federal tenha, em face da anterior, dado maior ênfase à livre iniciativa, não é menos certo que tenha dado maior ênfase a suas limitações em favor da justiça social. Tanto é que o art. 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa.

Os senhores vejam que a nossa Constituição não é adequada à moda da *regulation*, sob o espírito dos que fazem entre nós o Direito do anti-truste e gravitam em torno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, da Secretaria de Direito Econômico etc. Não estou simplesmente propondo uma bela discussão acadêmica. Estou fazendo uma afirmação da qual decorrem consequências práticas relevantes. Primeiro, é plenamente constitucional a existência de leis, de uma legislação infraconstitucional restringindo a concorrência. Em segundo lugar, o Estado, enquanto ente regulador, não está sujeito ao CADE, por mais estranho que isso possa parecer a certos juristas. Tem-se afirmado no CADE, algumas vezes, que o Estado não pode fazer isso ou aquilo, legislando, porque compromete a concorrência. Isso é um absurdo. Em terceiro lugar, há a questão do litígio entre os setores. Ora, ninguém descreveu o nosso país como Olavo Bilac, quando disse: “Criança, jamais verás um país como este!”. Jamais veremos um país como este, em que o CADE e o Banco Central vão para a luta armada, procurando assim definir competências. Há juristas, inclusive, que acreditam que competência se ‘conquista’. Entretanto, há um parecer da Advocacia Geral da União – AGU que, até hoje, o CADE não cumpriu, o que me leva a concluir que o problema do CADE é, seguramente, um problema de excesso de capacidade. Há Conselheiros do CADE que têm currículo para irem para o Supremo Tribunal de Justiça. Como eles foram para o CADE, acabam avocando competência, inclusive, para declarar a inconstitucionalidade de lei. É um quadro extremamente complexo.

Outra coisa a ser debatida é o papel das agências reguladoras. Isso está relacionado, inclusive, à definição do que deve ser feito e por quem deve ser feito. Ora, as agências não são mais do que meras autarquias e que podem definir políticas públicas. Depois existe um problema muito sério, que é a captura. “Impedir a captura dos agentes econômicos”, dizem os americanos. Mas não é nada disso. O que é extremamente importante é pensar na captura às avessas, para que não haja uma captura pelo mercado. Nós sofremos muito com a transposição de idéias e de modelos. Recentemente vimos um caso em que havia uma lei estadual que estabelecia para uma agência do Estado a ‘quarentena’. Mas de uma maneira tipicamente ‘macunaímica’, com o cacoete de copiar um modelo e adaptá-lo sob uma ‘malandragem tupiniquim’. O agente público fica em ‘quarentena’ durante um ano, mas pode escolher qualquer cargo dentro da Administração para ocupar por este tempo. Sofremos os efeitos e os defeitos dessas transposições. É como se houvesse quistos na ordem jurídica brasileira, para que essas agências reguladoras e o sistema da concorrência

sejam discutidos.

Toda essa gente se esquece que o Direito é um produto cultural e que, embora, o recurso à jurisprudência e à doutrina estrangeiras possa se mostrar como fonte de subsídios úteis, nenhuma delas pode ser tomada de modo absoluto. Não se pode transplantá-las para nossa realidade sem que se considerem as particularidades do nosso sistema, do nosso mercado, das nossas desigualdades regionais, do fato de co-existirem vários modos de produção social nesse país. As pessoas não se dão conta de que a indiscriminada transposição de teorias e modelos pode ser, além de inadequada, perigosa. Transplante, em regra, dá rejeição. É preciso que se compreenda que o Direito é uma instância da realidade, é fruto de uma determinada cultura. O Direito não é só a garantia das leis, é muito mais do que isso, é uma ordem datada, construída historicamente em um processo de luta social. Por isso eu diria que, quando um intérprete toma um texto para interpretar, tem de considerar as singularidades do conjunto normativo no qual aquele texto está inserido. Sem que se faça isso, iremos tropeçar.

Cuidamos a esta altura de uma determinada seção da ‘ordem econômica’, a relacionada à concorrência, que vem sendo tratada entre nós à *la estrangeiro* e permanece sendo, no meu modo de ver, um autêntico desafio ao Ministério Público. Para tratar disso, uma premissa básica, uma condição *sine qua non* é a consideração da antropofagia jurídica.

Oswald de Andrade publicou dois manifestos monumentais: O Manifesto da Antropofagia e o Manifesto da Poesia Pau-Brasil. No Manifesto da Poesia Pau-Brasil, ele dizia que a poesia está nos fatos. Eu diria que o Direito também está nos fatos, ainda que muitos bacharéis, segundo Oswald de Andrade, “[...] gordos e dourados como o *Corpus Juris*” não tenham consciência de que é assim. Eu diria que o Direito anda mesmo oculto nos cipós da realidade, e ninguém o vê. Continuo com Oswald de Andrade: porque para ele, o Direito ficou reduzido às leis que nasceram do “[...] próprio rotamento dinâmico dos fatores destrutivos”. Olha, a tentação da glosa a esse primeiro manifesto é simplesmente irresistível. Ele diz: “[...] só não se inventou a máquina de se fazer versos - já havia o poeta parnasiano”. Eu diria, só não se inventou a máquina de dar sentenças porque já existem os positivistas empedernidos. No Manifesto Antropofágico, Oswald de Andrade dá a melhor definição de Direito que eu conheço: “[...] perguntei a um homem o que era o Direito; ele respondeu que era a garantia do exercício da possibilidade”. Só me interessa o que não é meu. Eu, seguramente, não estou procurando dizer coisas engraçadas, mas, de certa forma, o Direito é exatamente isso, a garantia do exercício da possibilidade. Por um lado e, por outro, é algo que rebate essa idéia de que *só me interessa o que não é meu*. Quem faz Direito no Brasil possui vantagens competitivas que hão de ser exploradas antropofagicamente. Carlos Lessa, numa conferência que reproduziu várias vezes, fala da capacidade do povo brasileiro de incorporar as coisas do estrangeiro e reproduzir tudo. Exatamente a expressão da antropofagia proposta pelo Oswald de Andrade. Temos que produzir o Direito brasileiro e isso não pode ser feito senão na *praxis*. Temos que banir do nosso universo cultural o hábito de ficarmos repetindo os estrangeiros. A Lei 8.884, do Abuso de Poder Econômico, em seu art. 29, diz que:

[...] os prejudicados por si ou pelos legitimados do art. 82, da Lei 8.078, poderão ingressar em juízo, para, em defesa dos seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituem infração da ordem econômica, bem como o recebimento e a indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento da ação.

Os senhores percebem o alcance desse princípio e como ele não está sendo utilizado? Quero provocá-los. O Judiciário tem que responder a essa provocação, mas o Ministério Público, em relação ao próprio Poder Judiciário, deve atuar no sentido de primeiro revisar as decisões deste Sistema Brasileiro de Direito de Concorrência – SBDC. O que está acontecendo?

Esse sistema existe, mas até hoje não fez nada de concreto, a não ser em relação à negociação da AMBEV. Mas, por exemplo, o caso da Nestlé arrastou-se por muitos anos no CADE e, agora, acabou caindo no Poder Judiciário. De fato, a sede de discussão disso é o Poder Judiciário. O que não se justifica é que se gaste tempo, que se consumam recursos numa espécie de jogo de faz-de-conta na esfera administrativa, quando, na verdade, o Ministério Público pode tratar diretamente do assunto. Por que isso não ocorre? Porque não interessa, sobretudo a uma comunidade de operadores do Direito, expressão que não é do meu vocabulário comum. No entanto, se é para tratarmos de cartel, o primeiro que deve ser objeto de indagação e de investigação pelo CADE haveria de ser exatamente o cartel dos advogados que atuam na área.

A doutrina que tem sido produzida em torno da legislação anti-truste sustenta que a matéria é especializada, técnica. O Poder Judiciário não teria como tratar dela porque se nela se exerce a chamada discricionariedade técnica. Essa gente esqueceu-se de que discricionariedade não se confunde com interpretação. A discricionariedade é uma escolha entre indiferentes jurídicos. Tudo aquilo que não for escolha entre indiferentes jurídicos já é interpretação e necessariamente tem de desembocar no Poder Judiciário. Todas as teses da discricionariedade técnica acabam sufocadas quando perguntamos o porquê da existência do perito judicial. O Juiz não é obrigado a saber tudo, por isso existem os peritos judiciais, que fornecem os elementos a partir dos quais as decisões que comportem interpretação do Direito devem ser tomadas. Eu diria que, de certa forma, eu os estou concitando a levantar uma espécie de bandeira, de certa forma colada no quanto respeita à proteção do consumidor. O tal sistema de defesa da concorrência é ineficaz, não prevê a defesa da concorrência como elemento que tem que ser cultivado e conformado aos valores constitucionais.

A Constituição brasileira é a mais bela das Constituições que já se escreveu. Promete uma sociedade mais justa, inclusive em relação à concorrência. Acredito que devemos reformular drasticamente esse sistema, no sentido de depositar-se a responsabilidade pela defesa da concorrência nas mãos do Ministério Público. Devemos caminhar para isso e entregar os problemas a ela relacionados à decisão do Poder Judiciário. O CADE, insu-

bordinado, enfrenta a Advocacia-Geral da União sustentando que competência se ganha ‘na marra’.

Enquanto a necessária reforma não vier, o Ministério Público deve partir para a disputa jurídica, com o fundamento no art. 28, que lhe atribui o dever de defesa da ordem jurídica. No caso, defender a ordem jurídica é defender a ordem econômica e fazerem valer os valores constitucionais que consubstanciam e definem o perfil da concorrência. Não precisamos ser ingênuos. Estamos fartos de saber que a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente e a defesa da concorrência são meras expressões do processo de modernização capitalista. A regra de ouro não é mais *acumulai*, mas sim *acumulai e consumi*, porque apenas na medida em que haja muito consumo, e consumo protegido, poderá haver acumulação. Eu não proponho que sejamos cínicos, mas vamos ao menos ser lúcidos. Proponho mudarmos o quadro vigente da defesa da concorrência, que não é bom.

DEBATE

PROMOTOR DE JUSTIÇA RENATO FRANCO: O senhor fala que o Ministério Público tem que avançar na fiscalização da concorrência, fazendo um contraponto com o CADE. Gostaria de saber como seria a forma, a metodologia dessa fiscalização. Em Minas Gerais, existe um dispositivo da Constituição Estadual que coloca o PROCON estadual como órgão do Ministério Público. Temos, então, duas frentes de batalha. Uma frente administrativa, através de um processo administrativo, impondo multas administrativas; e a frente de batalha perante o Poder Judiciário, que seria a atividade jurisdicional pura e simples. No caso da concorrência, o CADE seria um órgão inserido dentro da Instituição do Ministério Público, através de modificação legislativa; ou o Ministério Público fiscalizaria essa concorrência perante o Poder Judiciário, como via de regra acontece?

MINISTRO EROS GRAU: Se eu cometi alguma ousadia na minha exposição, a sua é monumental. Eu não pensaria em colocar o CADE dentro do Ministério Público, até porque acho que o CADE tem que acabar e deveremos rever todo o sistema. Hoje, independentemente da revisão do sistema, o art. 29 da Lei 8.884 permite o ingresso em juízo. Eu diria que aqui não se trata meramente de um ‘poder’, mas de um dever do Ministério Público. Quando se trata de defesa da ordem econômica, que é um pedaço da ordem jurídica, prevalece o art. 125 da Constituição Federal, que diz o quê incumbe ao Ministério Público como dever. De acordo com o art. 82 da Lei 8.078, poderão ingressar em juízo, para, em defesa dos seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituem infração da ordem econômica, bem como o recebimento e a indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento da ação. Acho que é o caso de se tomar a lei, examiná-la no que pode ser detectado de pronto. Isso pode começar em Minas através de, por exemplo, um grupo de estudos, independentemente do CADE, para tentar se obter, em especial, a cessação de práticas. Certamente, na minha opinião, esse é um trabalho que deve começar do zero, sem o CADE. Da forma que as coisas vêm ocorrendo,

o CADE inviabilizará a si próprio, pois todas as suas decisões são questionadas em juízo e acabam sendo despidas de eficácia. Acho que isso tem que ser feito pelo Ministério Público, inicialmente, a partir do art. 29, sem os vícios do CADE.

PROCURADORA DE JUSTIÇA GISELA POTÉRIO SANTOS SALDANHA: Temos atuação em todos os campos, não só de ordem econômica, mas dentre todas as outras definições de legitimidade do Ministério Público. A mim me parece que a sua provocação é extremamente oportuna, porém ela me leva a uma reflexão: temos tido embates, não só com relação a situações como a do CADE, mas também com outros órgãos, criados pela estrutura estatal para interferir no bom andamento da nossa sociedade. Como sociedade organizada que é, ela deveria ter mecanismos de defesa próprios, mas também de interlocução própria com o poder estatal, embora o poder estatal nos imponha esses órgãos como sendo órgãos específicos para comporem um controle e defesa daquelas atuações e, na verdade, não o são. Vou trazer para o lado do meio ambiente. Aqueles órgãos que são criados para a defesa e para efetiva proteção se instalam com criações endêmicas de política econômica, querendo proteger não o meio ambiente mas a ordem econômica daquelas que devastam o meio ambiente. Temos tido muitas decisões dos Tribunais contrários a esta tentativa de atuação do Ministério Público, ao argumento de que cabe a estes órgãos esta manifestação e não ao Ministério Público discutir fora de suas atuações. Em relação à FEAM, à COPAM, são órgãos que reconhecemos técnico-deliberativos. Porém, através de uma ação civil pública, podemos questionar, como legitimados que somos, situações preocupantes que, com a interferência política, acabam permitindo a devastação do meio ambiente. No caso do CADE, esses organismos poderiam vir a defender interesses escusos da ordem econômica que não temos como combater. O Ministério Público acaba pagando um preço muito alto, porque somos legitimados, mas não somos os únicos. Os outros co-legitimados não atuam, e o Ministério Público, com certeza, está sempre colocando sua face a tapa para que tenhamos uma sociedade mais fortalecida. Acredito que, com a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público mostrou a que veio e mostrou que temos condição para muito mais. Mas precisamos do Poder Judiciário para que as nossas proposições não sejam embargadas por simples falta de legitimidade ou por sermos extremamente audazes, estarmos imbuídos de uma vontade de intervir onde não somos ainda *experts*. Mas tentamos sê-lo. O mais importante disso é entender que o Poder Judiciário, invoco o Supremo Tribunal Federal na pessoa de V. Ex^a., dê respaldo a essa tentativa do Ministério Público. Não raro já nos disseram que não somos legítimos para a defesa do contribuinte, por exemplo, porque a ordem econômica, em tese, era mais importante. A cobrança do tributo e não a fiscalização desse tributo é mais importante. Isso para nós é muito difícil de lidar. Abrimos um novo flanco, mas todos os flancos abertos devem ser respondidos, porque a ordem econômica passa por tudo aquilo que queremos fiscalizar e não simplesmente saber se ele está correto em sua legitimidade de instituído. Devemos responder à sociedade se uma atividade é de cartel, se degrada o meio ambiente, etc. Acreditamos nós que o Ministério Público, em todas as atividades inovadoras que já tomou e que ainda tem por tomar, tem toda a disponibilidade e está aberto para uma nova atuação. Nossa preocupação é saber se o Poder Judiciário é realmente nosso parceiro ou não. Minha provocação é para indagar se a nossa atuação vai conseguir estar de braços

dados com esta necessidade que temos. O que vislumbramos no cenário político nacional é que tentamos fazer justiça, o Ministério Público na sua busca e o Poder Judiciário emanando essa justiça. Mas, o poder político não nos permite, através do Legislativo, que essas leis sejam eivadas de qualquer interesse externo econômico ou de cartelização. Minha indagação é que temos boa vontade, mas temos respaldo para isso?

MINISTRO EROS GRAU: Eu não respondo pelo Poder Judiciário. Sei bem que as coisas não são fáceis. A minha proposta é de uma mudança de cultura que, evidentemente, não pode ser feita de uma hora para outra. Suas observações são muito ricas. Uma coisa importante é a captura ao contrário, essa idéia de os interesses do mercado prevalecerem. Em vários casos os interesses do mercado prevalecem. Acho que o Ministério Público tem esse dever, mas, quando digo Ministério Público, refiro-me ao Estado. Todos nós falamos pelo Estado, inclusive o Poder Judiciário. Quando o Supremo Tribunal Federal toma uma decisão, é o Estado que se manifesta. Colocar o Estado de um lado e a sociedade de outro, isso dá causa a uma série de distorções. Não há cisão entre o Estado e a sociedade. Estou inteiramente convencido de que esse é um expediente de argumentação, um expediente retórico do liberalismo: opor o Estado à sociedade para pintar o Estado como sendo inimigo da sociedade. O nosso Direito Administrativo, por exemplo, é um desastre, na medida em que é um Direito que se incumbe de prover a defesa do indivíduo contra esse ‘monstro’ que seria o Estado. Na verdade, no entanto, o Estado é o momento seguinte à sociedade. Estou inteiramente convencido de que quem pode promover a defesa do interesse social é o Estado. Outro dia eu dizia, em casa, que iria escrever um artigo provocante intitulado ‘Como vai a sua ONG?’. O que tem acontecido com certas pessoas? Temos visto um certo retrocesso ultimamente. Não tenho nada contra as pessoas de boa vontade, antigamente progressistas, entretanto, a sociedade é o estado exterior, estado da necessidade e do entendimento e o Estado é o estado da racionalidade objetiva. O Estado é um momento posterior, em que já foi vencida a necessidade de transacionar. O Estado é o espaço da liberdade. É importante que se compreenda que gestos de boa vontade não resolvem os problemas do homem. Sei que será difícil compreender isso. Há interesses múltiplos, mas essas questões têm que ser resolvidas no plano do Estado, têm de ser resolvidas pelo Ministério Público, que fala pelo Estado. Vocês têm que enfrentar esta luta, inclusive, cuidando do fenômeno da captura. Talvez se abra um momento amplo para que se possa rever eticamente uma porção de coisas. A História do Brasil é tão rica. Afinal de contas, Olavo Bilac estava certo quando disse “Criança, jamais verás um país como este!”.